

RESPONSABLE: LAS OPORTUNIDADES DE LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO(*)

MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY

SUMARIO: I. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO MEDIO Y NO COMO FIN.— II. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LOS CONTRATOS VERSUS EL CARÁCTER «SOCIAL» DEL OBJETO DE LOS MISMOS.— III. LA ADMISIBILIDAD DE CLÁUSULAS SOCIALES EN LAS DISTINTAS FASES DEL CONTRATO. POSIBILIDADES TRAS LA LEY 30/2007, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: 1. La fase de preparación del contrato: A). Limitaciones de la competencia: La posibilidad de restringir la participación o reservar la ejecución. B). Causas de prohibición de contratar de contenido social. C). Condiciones de aptitud para contratar: la «solvencia social» del licitador desde el punto de vista técnico o profesional, y la posibilidad de excluir de la participación en contratos públicos a empresas con valores sociales anormalmente bajos. D). Los aspectos sociales en la determinación del procedimiento de adjudicación. E). Limitaciones a la contratación con empresas de trabajo temporal (ETT). 2. Adjudicación del contrato: A). Las cláusulas sociales como criterios de adjudicación. B). La preferencia en la adjudicación. 3. Ejecución del contrato. A). Las condiciones especiales de ejecución. B) La adscripción de medios y el personal de ejecución del contrato.— IV. EL FOMENTO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO A TRAVÉS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: 1. Alcance subjetivo y objetivo de los arts. 34 y 35 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. 2. Las cláusulas de igualdad de género en los contratos públicos.

RESUMEN: La contratación pública no es un fin en sí misma, sino una herramienta que las Administraciones públicas pueden utilizar para desarrollar políticas públicas, entre las que destacan las de tipo social y medioambiental. Siendo esto así, podría concluirse que quienes se encuentran sujetos a la normativa reguladora de la contratación pública tienen la responsabilidad de atender a dichos fines públicos. Quizá pueda

(*) Este trabajo se enmarca dentro de las actividades del Proyecto de Investigación concedido por el Ministerio de Educación y Ciencia sobre «La nueva normativa de contratación pública como mecanismo para la reforma de la Administración Pública y la consecución de políticas públicas (sociales y medioambientales)», Ref. SEJ2006-13188/JUR1.

hablarse por ello, de una responsabilidad social de la contratación pública. Procede por tanto, analizar de qué modo y hasta dónde pueden contribuir los contratos públicos a alcanzar esos fines sociales.

Palabras clave: contratación pública; contratos públicos; cláusulas sociales; igualdad de género.

ABSTRACT: Public contracts are not a purpose by themselves, but a tool that Public Administrations can use to develop public policies, including social and environmental ones. We can say that Public Administrations have the responsibility to attend this social purposes. Maybe for this we could speak about social responsibility of public contracts. That's why we have to analyze how, and until where, can public contracts help us to reach this social scopes.

Key words: public procurement; public contracts; social clauses; equal opportunities.

I. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO MEDIO Y NO COMO FIN

Nadie duda ya de la importancia de la contratación pública tanto desde el punto de vista cuantitativo (alrededor del 16% del PIB español, y hasta el 20% del PIB en algunos Estados de la Unión Europea) como cualitativa (el Sector público es el destinatario de las principales obras, servicios y suministros). El poder de compra del Sector público que manifiestan los datos anteriores convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras (1).

Esa capacidad de influencia se materializa a través de las «herramientas contractuales» que determinadas entidades (2), bien por su condición sub-

(1) Según MESTRE DELGADO, se constata la existencia de un interés público por emplear mecanismos de refuerzo —o fomento— para forzar a los empresarios al cumplimiento de previsiones —no necesariamente previstas con el carácter de imposiciones coactivas— contempladas en normativas sectoriales, «Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental», REAL núm. 291, 2003 p. 707. Se trata de introducir aquí la idea del ordenamiento jurídico como ordenamiento con función promocional, idea propia del Estado social-asistencial, MELERO ALONSO E.: «El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 1, 1999 (artículo firmado junto a Maravillas ESPÍN SÁEZ).

(2) A efectos de esta exposición, utilizaremos el concepto de «entidades del Sector Público» para referirnos, en sentido amplio, amplísimo, al elemento subjetivo de la contratación pública. No obstante, somos conscientes, y así lo advertimos, de que se trata de un concepto no exento de polémica.

jetiva, o bien por razón del objeto que desean adquirir, utilizan para la «compra» de obras, servicios o suministros. La utilización de estas «herramientas» no es libre, ni voluntaria. Antes al contrario, resulta preceptiva (si bien no con el mismo alcance para todas las entidades) porque las «compras públicas» están siempre condicionadas a la selección de *la oferta económicamente más ventajosa*.

Tal y como ha señalado recientemente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Aragón, *la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas... Esto significa que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país* (3). Es por ello que debemos concebir la contratación pública como un instrumento para llevar a cabo políticas públicas transversales (4). Es decir, la contratación pública puede, y debe ser, una técnica que permita conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos.

Esta condición instrumental de la contratación pública que se afirma se pone precisamente de manifiesto cuando la misma se orienta para alcanzar

mica: es un concepto «nacional» recogido en el art. 3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de contratos del Sector Público (en adelante LCSP), que integra varios subconceptos (Administración Pública, Poder adjudicador, entidad del Sector Público no Poder Adjudicador), y que no concuerda perfectamente ni con la normativa comunitaria (cfr. art. 1.9 Directiva 2004/18, del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios), ni con otras normas que ya definían con anterioridad los conceptos de «Sector Público» (cfr. arts. 2 y 3 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, art. 4 Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas) o de «Administración Pública» (cfr. art. 2 Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, art. 1 Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, art. 1 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.) de cuyas prescripciones se aparta en ocasiones. Sobre el nuevo ámbito de aplicación subjetivo de la LCSP, vid. GIMENO FELIÚ, José María: «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras», RAP núm. 176, pp. 9-54, y CHINCHILLA MARÍN, Carmen: «La nueva Ley de contratos del sector público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas», en RVAP núm. 79, pp. 41-69.

(3) Informe 17/2008, de 21 de julio.

(4) BLAZQUEZ ROMÁN, J.A. y RAMÍREZ HORTELANO, P.: «Las cláusulas sociales en la contratación administrativa», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 42, 2005, p. 39.

un mayor bienestar social, un mayor respeto del medio ambiente, o al progreso científico-tecnológico (5). Para ello, debe interpretarse la mayor ventaja económica de una proposición no sólo en sentido directo, sino admitiendo las ventajas económicas indirectas con el objeto del contrato, pero directas con los fines públicos perseguidos por el Sector público (6).

II. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LOS CONTRATOS *VERSUS* EL CARÁCTER «SOCIAL» DEL OBJETO DE LOS MISMOS

La política económica desarrollada a través de la contratación pública puede compaginarse con la consecución de otros objetivos, y entre ellos se encuentran los fines sociales (7). Y si la contratación pública es un medio al servicio de fines públicos, entre los que se encuentran los fines sociales, podría concluirse que quienes se encuentran sujetos a la normativa reguladora de la contratación pública tienen una responsabilidad de atender a dichos fines públicos, incluidos los sociales. Quizá pueda hablarse por ello, de una *responsabilidad social de la contratación pública*.

No obstante lo anterior, debemos tener presente desde ya mismo que la contratación pública puede no resultar idónea siempre para la consecución de fines sociales, pues no está diseñada para ello, sino principalmente para alcanzar objetivos de eficacia y eficiencia económica (8). De este modo,

(5) Por cierto, la única referencia expresa a la contratación pública en el Derecho comunitario originario la encontramos en el art. 163.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que versa sobre la política comunitaria de investigación y desarrollo tecnológico. Junto a esa referencia a la política de investigación y desarrollo tecnológico debe recordarse la obligación de compatibilizar el mercado interior con el desarrollo sostenible, a través de, entre otros, un crecimiento económico equilibrado, una economía social de mercado tendente al pleno empleo y al progreso social y un elevado nivel de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Además de lo anterior, no debe olvidarse el propósito de la Unión Europea recogido en el art. 2 del Tratado de combatir la exclusión social y la discriminación, y el fomento de la protección social y la igualdad entre mujeres y hombres

(6) Tal interpretación fue acogida en la STJCE de 17 de septiembre de 2002 (Asunto C-513/99, *Concordia Bus Finland*), en la que para la adquisición de los autobuses necesarios para la prestación del servicio público de transporte en la ciudad de Helsinki, se admitió la valoración, como criterio de adjudicación, de la menor cantidad de emisión de CO₂ a la atmósfera de los vehículos.

(7) *Comunicación interpretativa...*, 2001, p. 4. La política social es uno de los objetivos, directo o indirecto, de la política de contratación pública, GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «¿Cláusulas sociales en la selección de contratistas de las Administraciones Públicas españolas?», *Justicia Administrativa* núm. 20, 2003, pp. 31-32.

(8) Existen en la actualidad mecanismos jurídicos alternativos —o complementarios, si prefiere decirse así— para estimular o desincentivar determinadas conductas desde el punto de vista social

y reconociendo que la finalidad de las denominadas cláusulas sociales son perfectamente atendibles y deben merecer medidas concretas en el ordenamiento jurídico, debemos afirmar que la contratación pública ni sirve para suplir al resto de medidas tendentes a satisfacer dichos objetivos, ni en todo caso [no todos (9)] los contratos públicos resultan aptos para contener dichas cláusulas.

Esa responsabilidad social de la contratación no significa la certificación del cumplimiento de las normas que establezcan determinadas obligaciones sociales (10) [ya que los órganos de contratación, en principio, no están concebidos como instrumentos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones sociales y laborales de las empresas contratistas (11)], sino de

o medioambiental. Beneficios fiscales, ayudas y subvenciones, los propios mecanismos derivados del protocolo de Kyoto, entre otros muchos, parecen instrumentos más adecuados para la ejecución de políticas sociales que la utilización de los procedimientos de contratación cuyo norte fundamental no debería ser otro que la adquisición de bienes y servicios de calidad en las mejores condiciones técnicas y económicas para las Administraciones Públicas. Lo contrario podría provocar distorsiones, incluso desde el punto de vista presupuestario, que no redundarían en un comportamiento eficiente de las Administraciones Públicas contratantes, *Informe y Conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2004, p. 147.

(9) Los contratos públicos de obras y servicios, que ofrecen concretamente la oportunidad de imponer un determinado modo de ejecución, son los que mejor permiten a los poderes adjudicadores tener en cuenta intereses de tipo social. En el caso de los contratos públicos de suministros, las posibilidades de tomar en consideración aspectos sociales son más limitadas. *Comunicación interpretativa...*, 2001, p. 6.

(10) Por ejemplo, el estar al corriente del pago de las obligaciones con la Seguridad Social, o la obligación establecida en el art. 38.1 de la Ley 13/982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos —en adelante LISMI—: *Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2% sean trabajadores minusválidos...e manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total... siempre que ... se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente.*

(11) La JCCA de la Generalitat de Cataluña llegó a tal conclusión en relación con la exigencia del cumplimiento de las condiciones laborales recogidas en los convenios colectivos, en su informe 7/2000, de 7 de julio, y volvió a reiterar su criterio en el informe 2/2006, de 9 de febrero. Un criterio distinto parecen defender BLAZQUEZ ROMÁN y RAMÍREZ HORTELANO al proponer tomar en cuenta, a la hora de determinar cuándo una proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias el ofertar por debajo del nivel retributivo establecido en el correspondiente convenio, «Las cláusulas...», pp. 45-46.

Al margen de lo anterior, debemos recordar el contenido del art. 103 LCSP, relativo a la información relativa a las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales, que dispone que

1. El órgano de contratación podrá señalar en el pliego el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y a las disposiciones vigentes en mate-

establecer un nivel de compromiso con la protección de los intereses sociales más allá de los mínimos legalmente exigibles, cuando ello resulte posible, y no colisione con otros intereses también dignos de protección (12). Y, según se observa en la normativa más reciente, la introducción de *aspectos sociales* en la contratación pública parece ser la vía para ejercer esa responsabilidad social.

En el plano comunitario, por la vía del *soft law*, la Comunicación interpretativa de la Comisión de 15 de octubre de 2001, *sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y la posibilidad de integrar aspectos sociales en dichos contratos* fue el instrumento elegido para explicitar, en un primer momento, las posibilidades que ofrecía la normativa comunitaria aplicable a la contratación pública para *integrar, de manera óptima, los distintos aspectos sociales en los contratos públicos y contribuir, por tanto, al desarrollo sostenible, concepto éste que combina el crecimiento económico, el progreso social y el respeto al medio ambiente* (13). Más recientemente, la Directiva 2004/18, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios contempló expresamente la posibilidad de que *los poderes adjudicadores pudieran regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades —definidas en las especificaciones del contrato— propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato* (14).

ria de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato.

2. El órgano de contratación que facilite la información a la que se refiere el apartado 1 solicitará a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, y protección del medio ambiente.

(12) La responsabilidad social comienza allí donde termina la obligación legal, tal y como indica MOLINA NAVARRETE, «Relaciones laborales, política de empleo y compra pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público», *CEF-Trabajo y Seguridad Social*, núm. 302/2008, p. 6.

(13) *Comunicación interpretativa...*, 2001, p. 4. Entendía la Comisión que, aunque la entonces vigente normativa comunitaria de contratación pública no recogía expresamente la utilización de las cláusulas sociales, ofrecía todo un abanico de posibilidades que, convenientemente aprovechadas, permitían alcanzar el resultado buscado. Vid. como antecedente la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de septiembre de 1989, *Contratación Pública. Aspectos regionales y sociales*. COM (89) 400 final.

(14) Considerando núm. 1 Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo.

Y en el plano nacional, la norma que incorpora la Directiva 2004/18 al Ordenamiento español, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector público (en adelante LCSP) incluye *mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales, como son los de acomodación de las prestaciones a las exigencias de un comercio justo con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo como prevé la Resolución del Parlamento Europeo en Comercio Justo y Desarrollo, y que permitan ajustar la demanda pública de bienes y servicios a la disponibilidad real de los recursos naturales* (15).

Pero la expresión «aspectos sociales», referida a su introducción en la contratación pública a través de algunas cláusulas puede englobar acepciones y ámbitos muy diversos. De una forma genérica, podría atribuirse tal consideración a cualquier estipulación que obligue una empresa adjudicataria de un contrato público a realizar propiamente el objeto contractual —según las prescripciones técnicas definidas en el contrato— y, además, al cumplimiento de determinados objetivos sociales de interés general. La nota que caracteriza las cláusulas sociales es, por lo tanto, su carácter complementario: se trata de obligaciones que no derivan del estricto cumplimiento del objeto contractual según los requerimientos técnicos naturales para llevarlo a cabo. Además, su inserción en un procedimiento de adjudicación lo es como un condicionante de participación, de la adjudicación o bien de la ejecución de un contrato público.

Como algo distinto de las cláusulas sociales que podemos encontrar en un contrato público debemos concebir la posibilidad, también admitida, de integrar aspectos sociales (no condicionantes de la participación, la adjudicación o la ejecución de un contrato público) en la elección del objeto del contrato. En la determinación del objeto del contrato, los entes sujetos a la normativa sobre contratación pública gozan de una buena oportunidad para escoger un producto o servicio que se corresponda con sus objetivos sociales (16). Ahora bien, el carácter social del objeto de los contratos obedece a la utilización de la contratación pública para gestionar competencias administrativas

(15) Exposición de Motivos, apdo. IV.3.

(16) Así, el objeto de las obras para la construcción de una guardería, una residencia de mayores, un hospital, o la utilización de criterios sociales para la descripción del objeto del contrato, como sería el caso de los contratos de obras para la eliminación de barreras arquitectónicas en edificios públicos, no son propiamente cláusulas que incidan en el régimen jurídico de la contratación, diferenciándolo del resto de contratos de obras.

con incidencia social, y no tanto a la intención de influir en el régimen jurídico del contrato. El objeto del contrato, por el hecho de que tenga una consideración social, no condiciona, en principio, su régimen jurídico (17).

En íntima conexión con la determinación del objeto del contrato se encuentra el establecimiento de sus especificaciones técnicas. Mediante el establecimiento de unas prescripciones técnicas, los órganos de contratación definen con precisión el objeto de la compra o de la prestación, siempre con el límite de que éstas no tengan por efecto el eliminar o aventajar a un licitador. Y también por esta vía pueden tomarse en cuenta ciertas consideraciones sociales (18).

Por otra parte, y también relacionado con el objeto de los contratos, por todos es conocido que para la adjudicación de un contrato público, los entes adjudicadores pueden tomar en consideración las variantes que, respecto al objeto del contrato definido por dichas entidades, hayan presentado (si expresamente se admiten) por los licitadores. Con ello, los entes adjudicadores pueden elegir la opción que mejor responde a sus exigencias económicas y sociales, sin dejar de satisfacer los requisitos mínimos impuestos en el pliego de

(17) El hecho de que un contrato esté destinado a un uso «social» (por ejemplo, construcción de un colegio, de un hospital o de una residencia de ancianos) no plantea problemas en el marco de las Directivas sobre contratación pública, ya que dichos contratos deben adjudicarse con arreglo a las normas contenidas en las mismas a partir del momento en que entran en su ámbito de aplicación, *Comunicación interpretativa...*, 2001, p. 7. Por supuesto que el carácter social, en determinados contratos, determina diferencias en su régimen jurídico con respecto al resto, pero dichas diferencias tienden a centrarse en la limitación o exclusión del ámbito de aplicación de las normas sobre contratación pública, y no por tanto, en limitar la participación o a determinar los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución del contrato, Cfr. art. 21 de la Directiva 2004/18 CE (y concordantes de la LCSP), que dispone la sujeción de los contratos de servicios señalados en la Anexo II B de la Directiva (entre los que se incluyen los servicios sociales y de salud) únicamente a lo dispuesto en los arts. 23, relativo a las especificaciones técnicas, y 35.4, relativo al anuncio de adjudicación.

(18) Así, por la vía de las prescripciones técnicas podrían establecerse requisitos relativos, por ejemplo, a la seguridad de los productos, la higiene y la protección de la salud o el acceso por parte de las personas discapacitadas a determinados edificios o medios de transporte público (por ejemplo, anchura de los pasillos y las puertas, aseos adaptados, rampas de acceso) o a ciertos productos y servicios (por ejemplo, en el campo de las tecnologías de la información). Del mismo modo podría condicionarse la organización técnica de la prestación, incluyendo en el pliego prescripciones técnicas específicas cuyo objeto es proteger la salud y la seguridad de quienes trabajan en la obra, así como de terceros. Entre ellas cabe citar las medidas para evitar los accidentes laborales, tales como la señalización y el almacenamiento de productos peligrosos o, asimismo, la definición de un plan de circulación de la maquinaria. Asimismo, los órganos de contratación pueden exigir concretamente que los productos solicitados se fabriquen con arreglo a un determinado método, en la medida en que éste caracterice el producto frente a otros productos competidores, y de tal forma que respondan a las necesidades de aquéllos, siempre que, insistimos, no se busque con ello eliminar o falsear la competencia, *Comunicación interpretativa...*, 2001, p. 8.

condiciones. Y también por la vía de las variantes presentadas pueden tomarse en cuenta las características sociales del objeto del contrato (19).

Ahora bien, tanto las especificaciones técnicas como las variantes presentadas por los licitadores no hacen sino perfilar el elemento objetivo del contrato, de manera que su carácter social no supone un condicionante para el régimen jurídico del contrato, en lo que se refiere a limitaciones para participar, criterios de adjudicación o condiciones de ejecución con respecto a otros contratos de su misma categoría. Y esa es la principal diferencia entre una cláusula social, en sentido estricto, y los aspectos sociales, en general, a la hora de integrarlos en un contrato público, a lo cual puede añadirse, además, que el destinatario del beneficio —social— que proporciona el carácter social del objeto del contrato resulta probablemente distinto a aquél que se beneficia de las cláusulas sociales que se introducen en un contrato público (por ejemplo, las obras para la eliminación de barreras arquitectónicas *versus* el empleo de parados de larga duración para realizar esas obras).

III. LA ADMISIBILIDAD DE CLÁUSULAS SOCIALES EN LAS DISTINTAS FASES DEL CONTRATO. POSIBILIDADES TRAS LA LEY 30/2007, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Por todos es sabido que las prescripciones de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, no resultan aplicables a todos los contratos públicos, sino únicamente a los que se refieren a un objeto determinado y cuyo valor estimado supera una única cuantía, contratos que la nueva LCSP denomina *sujetos a regulación armonizada*. La distinción de los anteriores de aquellos *no sujetos a regulación armonizada* es capital, ya que en los contratos «no comunitarios» la inclusión de cláusulas de índole social depende exclusivamente de la legislación del Estado miembro, quien, por consiguiente, goza de una amplia libertad solo condicionada por el respeto a los principios básicos aplicables a la contratación pública que se contienen en el Derecho comunitario originario (20).

(19) Estas variantes podrán referirse, por ejemplo, a diferentes soluciones técnicas planteadas de cara a la ergonomía de un producto o con vistas a garantizar la accesibilidad para los discapacitados de cierto material o servicio, incluidos las herramientas y servicios facilitados en línea o de tipo electrónico e informático, *Comunicación interpretativa...*, 2001, p. 9.

(20) Ello explica que la presencia e influencia de criterios sociales en la adjudicación de estos contratos no sea la misma en todos los países comunitarios, GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «¿Cláusulas sociales...», p. 31, nota 13. Respecto de la adjudicación de los contratos «no comunitarios», *Vid.* Comunicación interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006, sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02).

El legislador español, en un gesto digno de aplauso, y haciendo uso de esa libertad que le concede la Directiva para determinar el régimen jurídico de los contratos no sujetos a la misma, ha extendido la posibilidad de utilizar las cláusulas sociales a cualquier procedimiento de adjudicación, con independencia del valor estimado del contrato a adjudicar (21). Además, aunque las previsiones más importantes sobre cláusulas sociales están previstas en la regulación de los contratos de las Administraciones públicas (p. ej. art. 102 LCSP, en el Título I —dedicado a la preparación de contratos por las Administraciones Públicas— del Libro II LCSP, o el art. 134, contenido en el Capítulo I —adjudicación de los contratos por las Administraciones Públicas— del Título I del Libro III) nada impide que las entidades que no tienen tal consideración recojan en las Instrucciones de procedimiento a las que deben ajustar la celebración de sus contratos (no sujetos a regulación armonizada, si se trata de poderes adjudicadores, o todos sus contratos, en el caso de entidades del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador, según los arts. 175 y 176 LCSP) la previsión de incorporar dichas cláusulas sociales a sus contratos (22).

Se propone a continuación un examen de las diferentes posibilidades de introducir cláusulas sociales a lo largo de cada una de las fases en que se divide todo contrato público.

1. La fase de preparación del contrato

Ya desde la fase de preparación de los contratos la normativa sobre contratos públicos ofrece la posibilidad de tomar en consideración algunos aspectos sociales, siendo característica de todos ellos (en esta fase de preparación del contrato) su relación con la admisión de los sujetos a un proceso licitatorio, y respecto de los cuales, una vez admitidos, se estudiarán sus ofertas y proposiciones económicas.

(21) Iniciativa que contrasta con otras que quedan reservadas únicamente a los «grandes contratos», como es el caso del recurso especial en materia de contratación previsto en el art. 37 LCSP.

(22) No obstante, por el momento, pocas Entidades obligadas a publicar sus Instrucciones de procedimiento para la adjudicación de sus contratos están incluyendo en las mismas la posibilidad de incorporar cláusulas sociales. Entre las pocas que lo hacen, merece la pena destacar las de Expoa-gua Zaragoza 2008, S.A., accesibles desde su perfil de contratante en http://www.expozaragoza2008.es/Laorganizacion/Concursospublicos/seccion=45&idioma=es_ES.do (expresamente arts. 22 y 24.3).

A) Limitaciones de la competencia: La posibilidad de restringir la participación o reservar la ejecución

El art. 19 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo dispone que *los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. La presente disposición deberá mencionarse en el anuncio de licitación.*

Con base en esta disposición, la LCSP ha recogido —casi literalmente— en su Disposición Adicional séptima la posibilidad de restringir la participación en un procedimiento de adjudicación o reservar su ejecución en el marco de un programa de empleo protegido. Ahora bien, debe terse presente que la reserva de la participación o la ejecución no supone la dispensa de tramitación de un expediente de contratación, con todos sus elementos característicos.

La Disposición Adicional séptima LCSP prevé que la reserva de participación en el procedimiento se realice a favor de Centros Especiales de Empleo, figura a la que aludía el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, desarrollado por Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo. La reserva de participación prevista en la LCSP lo es por tanto a favor de las Entidades formalmente constituidas como Centros Especiales de Empleo, y no resulta admisible, atendiendo a la letra de la Ley, la reserva en favor de cualesquiera otros tipos de entidades (23).

Hemos de llamar aquí la atención sobre el hecho de que alguna norma autonómica, con anterioridad a la promulgación de la LCSP, y en virtud de sus competencias en materia de contratación, ha configurado un ámbito de reserva de contratos más amplio que el previsto por la LCSP, e incluso por la Directiva. Tal es el caso de la Ley Foral 6/2006, de contratos públicos de Navarra, cuyo art. 9.2 contempla la posibilidad de reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos, además de a talleres pro-

(23) Salvo que, como señala el Informe de la JCCA del Gobierno de Aragón núm. 17/2008, de 21 de julio, mediante norma —autonómica— de rango legal se amplíen los beneficiarios de esas reservas, por ejemplo, en el ámbito de los servicios sociales, a instituciones de iniciativa social. En todo caso, señala el informe, *parece aconsejable que, de regularse esta modalidad, se prevea que el importe de los contratos no supere determinado umbral a efectos de evitar una indeseable distorsión de la competencia. Igualmente, por mor del principio de transparencia los anuncios de licitación y de adjudicación de los contratos objeto de esta reserva deberán mencionar expresamente tal configuración.*

tegidos y empresas en el marco de programas de empleo protegido, *a empresas que tienen por objeto la integración de personas con riesgo de exclusión social*. A diferencia de lo dispuesto por la Ley Foral, según la LCSP, estas empresas que tienen por objeto la integración de personas con riesgo de exclusión social no pueden participar en la ejecución de contratos reservados sino que, a favor de ellas, la Disposición Adicional sexta LCSP establece únicamente una preferencia en la adjudicación de los contratos, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación.

No obstante esta ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de los contratos reservados contenido en la Ley de Contratos Públicos de Navarra de 2006, se establece como límite que el importe de los contratos reservados no podrá superar el 20% del importe de los contratos adjudicados en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior (24). Dicho límite no aparece previsto en la LCSP, por lo que no resulta de aplicación a las adjudicaciones con base en dicho cuerpo normativo.

Otro de los aspectos a tener en cuenta, polémico por cuanto los criterios de la Directiva y la LCSP son divergentes, es el condicionante del número de trabajadores que han de intervenir en la ejecución del contrato. Mientras la

(24) Para la correcta y proporcionada aplicación de dicho porcentaje hubiera sido conveniente establecer algunas pautas, tales como porcentajes de reparto entre Departamentos, Áreas o Servicios de las Administraciones Públicas, e incluso por tipos de contratos, tal y como propone BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: «La adjudicación de los contratos. Los procedimientos de adjudicación», en CRUZ ALLI ARANGUREN, J. (Dir): *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*, Gobierno de Navarra, 2006, pp. 283-284. En el sentido apuntado, el art. 4.2 del Decreto 279/2004, de 17 de diciembre, del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se regulan medidas en los procedimientos de contratación administrativa y de concesión de subvenciones para el fomento del empleo de las personas con discapacidad, tras admitir la reserva de contratos se indicaba que *los objetos contractuales susceptibles de reserva son las obras de conservación y los servicios de mantenimiento y conservación de bienes inmuebles, los servicios de mensajería, correspondencia y distribución, de artes gráficas, de limpieza y lavandería, de restauración, de recogida y transporte de residuos, así como los servicios y los suministros auxiliares para el funcionamiento de la administración*. El antecitado Decreto identifica, además, los procedimientos en los cuales puede hacerse uso de la reserva en el art. 4.3: *Los contratos reservados son exclusivamente los que se adjudican como contrato menor o por procedimiento negociado en razón de la cuantía económica, de acuerdo con los límites establecidos por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. Con los mismos límites cuantitativos aplicables a los procedimientos negociados, los órganos de contratación pueden no utilizar los procedimientos derivados del sistema de contratación centralizada cuando se pretenda adjudicar, mediante reserva social, alguna de las prestaciones a que se refiere el apartado 2*. Por su parte, el art. 35.2 de la Ley 31/2002, de medidas fiscales y administrativas de Cataluña, modificado por la Ley 7/2004, dispone la posibilidad de establecer reservas en contratos de obras y servicios de conservación y mantenimiento de bienes muebles, servicios de mensajería, correspondencia y distribución, artes gráficas, limpieza y lavandería, restauración, recogida y transporte de residuos, y servicios y suministros auxiliares para el funcionamiento de las Administraciones Públicas.

Directiva se refiere a que *la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas*, la LCSP exige una mayoría «cualificada». Concretamente, se exige que el 70 por ciento de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad, y ello porque tal es el porcentaje que la LISMI exige para la constitución de un Centro Especial de Empleo. Como curiosidad, la Ley Foral 6/2006, de contratos públicos de Navarra, acoge el criterio de la mayoría simple recogido en la Directiva en cuanto al requisito del porcentaje de trabajadores discapacitados que han de participar en la ejecución del contrato, desmarcándose del criterio de «al menos el 70 por 100» que postula la LCSP. La indefinición de una concreta «mayoría» en la Ley Foral podría dar lugar, como ya indicara el Comité Español de Representantes de personas con discapacidad (CERMI), a que los Centros especiales de empleo equivalentes de otros países comunitarios, en cuya norma no se exija el 70% de trabajadores afectados para ser considerados como tales, puedan optar a estos contratos reservados en la Comunidad Foral Navarra con únicamente más del 50% de sus trabajadores discapacitados, pero menos del 70%, lo que provocaría una desigualdad y una discriminación para los centros españoles (25).

B) Causas de prohibición de contratar de contenido social

La LCSP ha procedido a reformular algunas causas de prohibición de contratar, manteniéndose sin modificación otras de ellas, de manera que constan en el art. 49 algunas relacionadas con aspectos sociales, entre las que destacan las de:

Apdo. 1.a.– haber sido el empresario condenado por sentencia firme ...por delitos contra los derechos de los trabajadores (26)... delitos relativos a la protección del medio ambiente (27).

(25) Tomo la referencia del trabajo de J.L. BELTRÁN AGUIRRE: «La adjudicación...», pp. 282-283.

(26) Cfr. arts. 311 a 318 del Código Penal (imposición a los trabajadores de condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual; tráfico ilegal de mano de obra; promoción o favorecimiento por cualquier medio de la inmigración clandestina de trabajadores a España; discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español; no facilitar, estando legalmente obligado, los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física).

(27) Cfr. arts. 325 a 331 del Código Penal (emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo,

Apdo. 1.c– haber sido sancionado con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o por infracción muy grave muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, o en materia medioambiental, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental (28); en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (29); en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases; en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos; en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

Apdo. 1.d– no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes.

Apdo. 2.e– haber incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato establecidas, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, y concurra dolo, culpa o negligencia en el empresario.

Puede comprobarse por tanto que el hecho de que el empresario no cumpla con determinadas exigencias de tipo social condiciona su propia aptitud

el subsuelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales; liberación, emisión o introducción de radiaciones ionizantes u otras sustancias en el aire, tierra o aguas marítimas, continentales, superficiales o subterráneas, en cantidad que produzca en alguna persona la muerte o enfermedad que, además de una primera asistencia facultativa, requiera tratamiento médico o quirúrgico o produzca secuelas irreversibles; establecimiento de depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas; daño grave en alguno de los elementos que sirvan para declarar un espacio natural protegido; el informe favorable por autoridad o funcionario público, a sabiendas de su manifiesta ilegalidad, de la concesión de licencias que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes, o el silenciamiento de la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen que con motivo de sus inspecciones se hayan detectado).

(28) Derogada. La referencia debe entenderse hecha al Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos.

(29) Derogada. La referencia debe entenderse hecha a la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

para acceder a un contrato público. No obstante, debe llamarse la atención sobre la extraña configuración de las causas de prohibición de contratar que dimana del art. 49 LCSP, y las nefastas consecuencias que de ello derivan. Si bien las causas enumeradas en el apartado 1 del art. 49 inhabilitan para contratar con cualquier entidad del Sector público, no ocurre lo mismo con el listado de causas de prohibición de contratar que recoge el apartado 2 del mismo precepto, que únicamente afectan a la contratación con las Administraciones Públicas («a efectos de la LCSP»). En la materia que nos ocupa, tal circunstancia supone, por ejemplo, que si como condición de ejecución de un contrato se dispone la obligación de contratar parados de larga duración, el incumplimiento de la misma impedirá contratar en el futuro con Administraciones Públicas, pero no con aquellas otras entidades que, a efectos de la LCSP, no tengan tal consideración, como sería el caso de entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles públicas o fundaciones participadas por entes públicos. Sorprende este doble tratamiento que recibe, de manera injustificada a nuestro parecer, el incumplimiento por parte de los adjudicatarios de contratos públicos de las condiciones esenciales de ejecución establecidas en el contrato.

C) Condiciones de aptitud para contratar: la «solvenca social» del licitador desde el punto de vista técnico o profesional, y la posibilidad de excluir de la participación en contratos públicos a empresas con valores sociales anormalmente bajos

Junto a la capacidad jurídica y la ausencia de causas de prohibición de contratar, la aptitud de un licitador viene determinada por la acreditación de su solvenca económica, financiera y técnica o profesional. La acreditación de una determinada «solvenca social» para el acceso a un contrato público puede, en determinados casos, integrarse en la exigencia de una determinada solvenca que demuestre la capacidad técnica de la empresa para ejecutar un determinado contrato (30). En cambio, los documentos que pueden exigirse para evaluar la capacidad económica y financiera de los licitadores no ofrecen posibilidad alguna de tomar en consideración aspectos de carácter social.

Al igual que sucede con el resto de indicadores de la posesión de una determinada solvenca técnica o profesional por parte del empresario, la exigencia de una determinada «solvenca social» puede ser lícita siempre y cuando se cumplan algunos requisitos:

(30) *Comunicación interpretativa...*, 2001, p. 12. En el mismo sentido se pronunció la Junta Consultiva de Contratación administrativa de la Comunidad de Madrid en su Recomendación 5/2001, de 27 de diciembre, donde se afirma que *sólo respecto de la capacidad técnica del empresario podría considerarse la inclusión de aspectos sociales relacionados con el objeto del contrato*.

a) esté relacionada con el objeto del contrato (31),

b) dicha «solvencia social» sirva como indicador de la capacidad técnica del empresario con arreglo a lo dispuesto en los arts. 55 a 68 LCSP. No debemos olvidar el límite impuesto por el art. 63.1 LCSP para el caso de contratos a celebrar por las Administraciones Públicas, a tenor del cual, *la solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 64 a 68* (32). Los medios de acreditación de la solvencia técnica son, por tanto, únicamente los tasados en dichos artículos, por lo tanto, cualquier exigencia social deberá poder acreditarse a través de alguno de los documentos relacionados en el art. 65 a 68 (33).

c) no resulte discriminatoria.

En base a las anteriores consideraciones, si el contrato requiere aptitudes específicas en materia social, es lícito exigir una experiencia concreta como criterio de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos, que se acreditará mediante una relación de las principales obras, suministros o servicios realizados en los últimos años. Por ejemplo, podrá exigirse como criterio de solvencia una experiencia específica en materia de gestión de una guardería (si el contrato es para la gestión de una guardería), o en la prestación de servicios de formación para desempleados de larga duración (si el contrato tiene tal objeto). Asimismo, en fase de valoración de la solvencia, el órgano de contratación podrá verificar la composición del personal de la empresa y los cuadros que forman parte del mismo, los equipos técnicos con los que ésta cuenta y el sistema de control de la cali-

(31) *Comunicación interpretativa...*, 2001, p. 12.

(32) Más flexibilidad se ofrece desde el propio art. 63 LCSP (apdo. 3) respecto de las entidades del Sector público que no tengan la condición de Administraciones Públicas, que *podrán admitir otros medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en los artículos 64 a 68 para los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada*.

(33) *Vid. Comunicación interpretativa...*, 2001, p. 11. En el mismo sentido se pronuncia el informe 2/2006, de 9 de febrero, de la JCCA de la Generalitat de Catalunya, sobre la posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas de la Administración de la Generalidad de Catalunya cláusulas relativas a responsabilidad social, como por ejemplo, garantizar la aplicación de las condiciones laborales recogidas en los convenios colectivos y la eficacia en la gestión de la prevención de riesgos laborales, al señalar en relación a la gestión de la prevención de riesgos laborales, que puesto que ninguno de los medios consignados en los artículos 17 a 19 del TRLCAP hace referencia a la gestión de riesgos laborales, no puede considerarse este medio como criterio de selección de las empresas licitadoras. Sin embargo, añade la Junta, es preciso insistir en que los mecanismos de control del cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene previstos en las normas específicas sobre prevención riesgos laborales son los que, llegados el caso, impedirán a las empresas que no las cumplan convertirse en contratistas de la Administración, y esto, por la vía de las prohibiciones para contratar.

dad, a fin de asegurarse de que la empresa dispone de la capacidad necesaria, en términos de cualificación del personal y medios materiales, para ejecutar o llevar a cabo el contrato. También podrá valorarse el grado de estabilidad en el empleo, exigiéndose una declaración sobre la plantilla media anual de la empresa, pudiendo apreciarse, de este modo, no sólo el promedio anual del personal no directivo, sino también el número de empleados integrados en la empresa, el mantenimiento, incremento o descenso del número de trabajadores, la conversión de temporales en fijos, las categorías y funciones desempeñadas por cada uno de ellos, su experiencia dentro de la empresa, etc. (34).

En cuanto a la posibilidad de valorar la siniestralidad laboral que han sufrido las empresas licitadoras como criterio de solvencia, el difícil engarce de dicha circunstancia con los medios de acreditación de la solvencia previstos en los arts. 64 a 68 LCSP determina su inviabilidad (35).

De *lege ferenda*, otra de las posibilidades de tomar en consideración aspectos sociales en la contratación podría ser la de privar de la participación en un concreto procedimiento de adjudicación a las empresas que presenten valores sociales anormalmente bajos. Tal posibilidad pasaría por la determinación objetiva de unos parámetros que permitiesen concluir la inidoneidad social de una empresa para la ejecución de un contrato singular, y con base en los mismos proceder al rechazo de su oferta. No se trataría tanto de determinar la concurrencia de una causa de prohibición de contratar, que afecta de forma general a cualquier tipo de contrato, cuanto de poder rechazar el acceso de una empresa a un determinado contrato. Tal podría ser el caso de los incumplimientos en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad que hubiesen sido sancionados administrativamente con carácter leve, o de los incumplimientos en materia social (prevención de riesgos laborales) o medioambiental sancionados administrativamente con carácter

(34) En definitiva, se acepta que el grado de estabilidad de los empleados del candidato incide en la mayor o menor cualificación del personal disponible para la ejecución del contrato y, por consiguiente, en la solvencia técnica requerida al contratista, GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «¿Cláusulas sociales...», p. 31. En el mismo sentido, BLÁZQUEZ ROMÁN y RAMÍREZ HORTELANO entienden que el tiempo durante el cual la empresa cuenta, de forma continuada y estable con la experiencia y capacitación profesional de los trabajadores que integran su plantilla, constituye un elemento de valoración de la capacidad técnica de aquélla, «Las cláusulas...», p. 41. La valoración de la estabilidad en el empleo en fase de solvencia ha sido admitida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 5/2002, de 13 de junio, y la de la Generalitat de Cataluña en su informe 4/2001.

(35) Tal conclusión fue defendida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe núm. 11/1999, de 30 de junio.

grave o leve. La graduación de estas infracciones impediría determinar la concurrencia de una prohibición de contratar, pero las circunstancias que rodeen el objeto del contrato podrían desaconsejar que accedieran al mismo empresas que hubieran sido sancionadas por la comisión de las anteriores infracciones (valores sociales anormalmente bajos del licitador —no de la oferta—).

En cualquier caso, en la definición de los parámetros debería respetarse el principio de proporcionalidad, de manera que ni un único incumplimiento, ni cualquier infracción de las materias anteriormente señaladas, con independencia de su naturaleza, determinase por sí sola la inidoneidad desde el punto de vista social de la empresa para acceder al contrato.

D) Los aspectos sociales en la determinación del procedimiento de adjudicación

El efecto apuntado en el apartado anterior quizás pudiera lograrse mediante el recurso al procedimiento restringido para llevar a cabo la adjudicación, configurando los parámetros de idoneidad social como criterios de selección de las empresas que con posterioridad han de presentar sus ofertas (36).

En el procedimiento restringido, como señala el art. 146, *sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación*. Para seleccionar a los candidatos, el art. 147.1 LCSP señala que *con carácter previo al anuncio de la licitación, el órgano de contratación deberá haber establecido los criterios objetivos de solvencia, de entre los señalados en los artículos 64 a 68, con arreglo a los cuales serán elegidos los candidatos que serán invitados a presentar proposiciones*.

Una interpretación estricta de la referencia contenida en el art. 147.1 LCSP a los *criterios objetivos de solvencia, de entre los señalados en los artículos 64 a 68*, conduciría a afirmar que los criterios de selección de los candidatos deben identificarse, necesariamente, con alguno de los recogidos en los arts. 64 a 68 LCSP. No obstante, creemos, y razones hay para ello, que los criterios de selección de los candidatos no deben ceñirse exclusivamente

(36) En tal sentido, GIMENO FELIÚ, J.M.: *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Civitas, Madrid, 2006, p. 191, y VERNIA TRIGO, S.: «La inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública», en esta REVISTA, núm. 20, Junio de 2002, p. 437.

a las circunstancias enumeradas en esos arts. 64 a 68 LCSP (37). La remisión del art. 147.1 LCSP a los arts. 64 a 68 obliga a asumir la integración de los aspectos sociales en la solvencia técnica del empresario, pero las posibilidades son mayores, porque no parece demasiado congruente con el fundamento de este tipo de procedimiento de adjudicación (restringido) el que la entidad adjudicadora pueda establecer cláusulas sociales para la selección de los candidatos en la misma medida en que puede hacerlo en el procedimiento abierto, es decir, sólo como elementos integrantes de la solvencia técnica o profesional exigible a todo candidato interesado en la obtención de un determinado contrato público (38).

Es por ello que entendemos factible defender la posibilidad de que figuren como criterios de selección de los candidatos en un procedimiento restringido aspectos como el apuntado anteriormente, el no haber sido sancionado por la comisión de infracciones en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad que hubiesen sido sancionados administrativamente con carácter leve, o de los incumplimientos en materia social (prevención de riesgos laborales) o medioambiental sancionados administrativamente con carácter grave o leve. Asimismo, a diferencia de lo que sucede con la acreditación de la solvencia técnica, también podrían configurarse como criterio de selección de los candidatos el contar con unas especiales medidas de prevención de la siniestralidad laboral.

Mayores posibilidades de integrar aspectos sociales ofrece la utilización de los procedimientos negociados por razón de la cuantía, o los contratos menores. Ahora bien, la utilización de los anteriores procedimientos tomando en consideración algunos aspectos sociales nada tiene que ver con la pretensión, defendida en ciertos sectores, de que determinados contratos sean adjudicados preferentemente a entidades sin ánimo de lucro por razón de tal condición. Este objetivo no es propiamente una cláusula social, por más que

(37) La redacción del art. 147 LCSP, heredera de la del art. 91.1.a) TRLCAP, es desafortunada, pues de su tenor literal parece deducirse que los criterios objetivos de invitación deben estar previstos en los arts. 64 a 68 (16 a 19 TRLCAP), lo cual no es exactamente lo que se deduce de las Directivas. La Directiva 2004/18 no impone que los criterios de invitación del procedimiento negociado sean necesariamente criterios que estén tipificados como criterios de solvencia, sino que se invite a candidatos que reúnan las condiciones de solvencia establecidas, y que los criterios de esa invitación se refieran a características subjetivas, esto es, personales, del empresario, GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «¿Cláusulas sociales...», p. 41, nota 37.

(38) GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «¿Cláusulas sociales...», p. 41-42. Se trata, según este autor, de una licitación selectiva y, por consiguiente, la entidad adjudicadora puede establecer en el pliego de cláusulas particulares como criterios de admisión a la fase licitatoria del procedimiento restringido aquellas cláusulas sociales que considere conveniente, siempre que tengan relación con el objeto contractual, y no menoscaben o dificulten la correcta ejecución del contrato.

quienes lo defienden argumenten la naturaleza y los objetivos de estas entidades. Se trata en estos casos de privilegiar a un determinado tipo de licitador, excluyendo al resto, opción que carece de amparo legal.

Los contratos menores y los procedimientos negociados por causa de su valor estimado tienen unos presupuestos limitados (39), y en consecuencia, la adjudicación de estos contratos no está sometida a unas obligaciones y procedimientos tan rígidos. En el procedimiento negociado, la entidad contratante está capacitada para elegir a los candidatos que, siendo capaces de realizar la prestación, considere más apropiados, siendo la determinación de los criterios con arreglo a los cuales realizar esa selección una facultad discrecional del órgano de contratación. Mayor flexibilidad para integrar aspectos sociales ofrecen los contratos menores, donde no existe siquiera la obligación de fijar criterios de admisión para participar en el procedimiento. No obstante, en ambos procedimientos debe respetar el órgano de contratación los principios generales de la actuación contractual administrativa: objetividad e igualdad de trato.

Con estas modalidades contractuales puede efectuarse de forma fluida la conexión con las entidades sin ánimo de lucro que lleven a cabo políticas sociales, y seguramente constituye un segmento de la contratación que de forma natural es más apropiado para estos objetivos. Así, obras de escasa cuantía y al mismo tiempo, en correspondencia, de escasa dificultad técnica, y multitud de servicios (de mantenimiento, y diversidad de servicios auxiliares a la Administración pueden ser —y son en la práctica— expresiones concretas de incorporación de consideraciones sociales en la contratación administrativa (40).

E) Limitaciones a la contratación con empresas de trabajo temporal (ETT)

En materia de contratación de trabajadores a través de Empresas de Trabajo Temporal, la versión del Proyecto de LCSP que salió aprobada del Congreso de los Diputados admitía los contratos de puesta a disposición de la Administración de trabajadores celebrados con este tipo de entidades. Así, en su Disposición Adicional quinta, admitía la celebración de ...contratos de

(39) A tenor del art. 122.3 LCSP, se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos.

En cuanto a los procedimientos negociados por razón de la cuantía, de conformidad con los arts. 155.d), 157.f), 158.e) y 159 LCSP, se admiten para la realización de obras por valor estimado de hasta un millón de euros, y de otros contratos por importe de hasta 100.000 euros.

(40) Cfr. Informe 4/2001, de 23 de noviembre de la Comisión permanente de la JCCA de la Generalitat de Catalunya (Vid. apdo.1.3).

servicios con empresas de trabajo temporal para la puesta a disposición de personal por un plazo determinado, siempre que en la documentación preparatoria del contrato se acredite debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales de que dispone la entidad contratante para cubrir las necesidades que tratan de satisfacerse a través del contrato.

No obstante, una de las pocas enmiendas aprobadas en el Senado, a propuesta del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés, y motivada para facilitar que *cualquier modificación introducida en esta materia se realice a través del diálogo social*, hizo que la regulación de este tipo de contratos no experimentase cambio alguno respecto a la regulación de los mismos en el TRLCAP, de manera que dichos contratos no resultan admisibles con carácter general... *salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos.*

Los límites a la contratación con empresas de trabajo temporal establecidos en la Disposición Adicional quinta LCSP pueden entenderse como una cláusula general que opera en la fase de preparación de los contratos, y que pretende tomar en consideración el nivel de estabilidad de los empleos (contratos con duración indefinida), en la contratación pública (41).

2. Adjudicación del contrato

Una vez seleccionados a los licitadores, la siguiente fase es la de selección de la oferta económicamente más ventajosa. Para ello debe atenderse a criterios directamente vinculados con el objeto del contrato (en la LCSP desaparece la denominación de subasta y concurso como formas de adjudicación, salvo para referirse, en el primer caso, a la subasta electrónica).

La posibilidad, sujeta a los límites que a continuación se dirán, de tener en cuenta aspectos sociales en la adjudicación de los contratos queda limitada, de una parte, a los supuestos en que se utilicen varios criterios de adjudicación para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, resultando inviable su consideración como único criterio de adjudicación (42),

(41) La contratación con ETT's por las Administraciones Públicas va en contra de la tendencia generalizada a la promoción de la estabilidad en el empleo, ESPÍN SÁEZ, Maravillas, en «El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal», Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid núm. 1, 1999 (artículo firmado junto a Eduardo Melero Alonso).

(42) El segundo párrafo del art. 134.1 LCSP dispone que cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.

y de otra, al establecimiento en los pliegos que rigen la ejecución del contrato de una preferencia en la adjudicación en favor de entidades que cumplan unos determinados requisitos sociales.

A) Las cláusulas sociales como criterios de adjudicación

La finalidad de los criterios de adjudicación es permitir al órgano de contratación comparar las ofertas de manera objetiva. Por ello, todo criterio de adjudicación debe permitir valorar las cualidades intrínsecas de un producto o servicio (43). *A fin de garantizar la igualdad de trato, los criterios de adjudicación deben permitir comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva... En estas condiciones, el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades definidas en las especificaciones del contrato— propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato.* En estos términos recoge el Considerando 46 de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, la posibilidad de utilizar aspectos sociales como criterios de adjudicación (44).

Ahora bien, la posibilidad de utilizar criterios sociales para la adjudicación de un contrato público queda supeditada, a que (45):

1. dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato (o a sus condiciones de ejecución) (46). Este es un aspecto fundamental, ya que, tal y como ha señalado la Comisión Europea, la característica común a los criterios utilizados para valorar las ofertas es que, al igual que los criterios que se citan a modo de ejemplo, todos ellos deben referirse a la naturaleza de la prestación

(43) *Comunicación interpretativa...*, 2001, p. 13.

(44) No obstante lo anterior, y a diferencia de lo que sucede con el art. 134 LCSP (criterios de valoración de las ofertas) dicha posibilidad no se recoge en el art. 53.1 de la Directiva (criterios de adjudicación del contrato). Como bien explica J.A. MORENO MOLINA, en el complicado proceso de negociación de la Directiva 2004/18, los representantes del Gobierno español lograron insertar en el citado Considerando una referencia expresa a la utilización de los criterios sociales en la adjudicación de los contratos, referencia que no se pudo consensuar para incluirla en el artículo de la Directiva, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático*, La Ley, Madrid, 2007, p. 525, nota 213.

(45) STJCE de 17 de septiembre de 2002, As. C-513/99, *Concordia Bus Finland*, apartado 64. Tales límites han sido recogidos en el Considerando núm. 1 de la Directiva 2004/18.

(46) No se exige que esa relación con el objeto contractual sea inmediata o especialmente intensa, sino sólo una verdadera vinculación; lo que se persigue es evitar criterios adjudicadores ajenos a la correcta ejecución del contrato, y, por ello, es suficiente que la cláusula social establecida como criterio de adjudicación contribuya a la realización de las prestaciones pactadas, GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «¿Cláusulas sociales...», p. 63

objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución. Su finalidad es permitir a los poderes adjudicadores comparar las ofertas de manera objetiva, a fin de determinar la que mejor responde a sus necesidades en el marco de un contrato dado. Es por ello que todo criterio de adjudicación ha de permitir valorar las cualidades intrínsecas de un producto o servicio, para lo cual se hace necesaria su vinculación al objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución (47).

2. no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada,

3. estén expresamente mencionados en la documentación preparatoria del contrato, y

4. se atengan a los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia (48).

Y junto a los anteriores, no olvidemos que el establecimiento de los criterios de adjudicación debe estar orientado a la obtención de una ventaja económica para el órgano de contratación, si bien es cierto que puede interpretarse la mayor ventaja económica no sólo en sentido directo, sino admitiendo las ventajas económicas indirectas con el objeto del contrato, pero directas con los fines públicos perseguidos por la entidad contratante (49).

Entre los criterios de adjudicación que se mencionan en el art. 134 LCSP encontramos una referencia genérica a los de carácter social (50). El hecho

(47) Comunicación interpretativa..., 2001, pp. 13 y 14

(48) Sobre estos principios, Moreno Molina, J.A.: *Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.

(49) Ello no significa, como defendió en su día la Comisión Europea, que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa deba ser necesariamente de naturaleza meramente económica, Comunicación..., p. 15. El TJCE, en su Sentencia de 17 de septiembre de 2002, As. C-513/99, *Concordia Bus Finland*, apartado 55, señaló que no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora. Esta observación queda corroborada por el propio tenor literal del artículo que enumera los criterios de adjudicación, que alude expresamente al criterio relativo a las características estéticas de una oferta, criterio que difícilmente puede valorarse desde un punto de vista meramente económico. Según GOSÁLBEZ PEQUEÑO, las ventajas exigidas se refieren a la oferta global en su conjunto, no a todos los elementos que la componen, «¿Cláusulas sociales...», p. 65.

(50) Dicho artículo enumera como criterios de adjudicación la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, *las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población espe-*

de que se mencionen de esta forma genérica no debe dar la falsa impresión de su admisibilidad general, pues siguen estando sujetos al cumplimiento de los requisitos enunciados anteriormente (51). Y lo cierto es que resulta extremadamente complicado que un criterio social cumpla, al mismo tiempo, los requisitos anteriormente señalados, en particular, que proporcione una ventaja económica para el órgano de contratación ligada al producto o servicio objeto del contrato (52).

cialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes. No obstante, reiteramos, estos criterios sociales no aparecen recogidos en el art. 53 de la Directiva 2004/18, relativo a los criterios de adjudicación.

(51) En palabras de MOLINA NAVARRETE, la propia EM de la LCSP va a resaltar, cierto que con algún exceso propio de este momento introductor y en el que el legislador rara vez puede vencer la narcisista tentación de mostrarse «encantado» con «su creación», la inclusión de mecanismos que van a *permitir atender en la contratación a consideraciones de tipo social y medioambiental configurándolas como condiciones especiales de ejecución... o como criterios para valorar las ofertas...* Ahora bien, estos mecanismos no representan una obligación sino solo una posibilidad que la LCSP abra al Sector Público, y siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario, «Las cláusulas...», p. 24.

(52) En relación con la vinculación del criterio de adjudicación al objeto del contrato, el 23 de abril de 2008 se publicó en el BOCG una Proposición de Ley de modificación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, para el impulso del comercio justo en la Administración Pública presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (En términos similares se habían presentado diversas enmiendas por el Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds durante la tramitación del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, vid. enmiendas 125 y 127, BOCG de 29 de marzo de 2007, pp. 216 a 218). Entre los diferentes aspectos a modificar, se propone la introducción de un apartado 1bis al artículo 134 con el que se pretende especificar mucho más la referencia general a la posibilidad apuntada en el apartado 1 de utilizar criterios sociales como criterios de adjudicación. Así, el apartado Seis de la Proposición de Ley señala la adición de un apartado 1 bis del siguiente tenor: *Se considerarán directamente vinculados al objeto del contrato aquellos aspectos sociales de carácter objetivo y cuantificable relativos a las condiciones laborales de ejecución de un contrato o al sistema de producción de los bienes objeto de contratación, tales como el número o porcentaje de trabajadores en situación de riesgo de exclusión social o con discapacidad, la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, el porcentaje de plantilla indefinida, la seguridad y salud laboral, así como la salvaguarda y cumplimiento de los Derechos Humanos y los estándares laborales definidos en la OIT cuando hubieran sido producidos en países económicamente pobres, entre otros.*

Sin entrar a objetar el fin perseguido, quizás los medios elegidos no sean los mejores. A nuestro juicio los criterios que se indican en el que sería, caso de ser aprobada la Proposición, el nuevo art. 134.1.bis, difícilmente pueden superar el juicio de la ventaja económica para el órgano de contratación ligada al producto o servicio objeto del contrato que exige la normativa y jurisprudencia comunitaria.

De otra parte, la Proposición de Ley sugiere además otras modificaciones en relación con las prohibiciones de contratar, la acreditación de la solvencia técnica en relación con los contratos de suministro y servicios, la posibilidad de que las prescripciones técnicas contemplen criterios de comercio justo o las condiciones de ejecución del contrato, además de definir qué productos tendrán la consideración de «comercio justo».

Es cierto que, en alguna ocasión, el propio TJCE ha admitido alguna cláusula social como criterio de adjudicación, pero lo cierto es que su utilización queda condicionada a que dichas cláusulas respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (53).

A pesar de lo dispuesto con carácter general en la LCSP, lo cierto es que en la práctica, la admisibilidad de los criterios sociales como criterios de adjudicación se juzga con arreglo a criterios muy restrictivos. La mayor parte de las ocasiones, el rechazo a estas cláusulas no se debe a que no estén expresamente previstas o mencionadas en un precepto legal (p. ej. art. 134 LCSP), sino por no poder asemejarse a los criterios de adjudicación en él definidos, al ser los aspectos sociales más bien elementos propios del sujeto y no del objeto contractual (54). Así, se han rechazado, como criterios de adjudicación, la estabilidad de la plantilla de trabajadores de la empresa, el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido, la ejecución directa del objeto del contrato por trabajadores de la empresa, o las nuevas contrataciones de personal vinculadas a la ejecución del contrato (55), así como el índice de siniestralidad laboral (56).

Ese criterio restrictivo es el que inspiró el recurso presentado en su día por la Comisión Europea contra el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, por el que se establecían medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo (57). A tenor del art. 2 del Decreto, *en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos que hayan de adjudicarse mediante concurso, además de los criterios objetivos que se establezcan conforme a lo previsto en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se incluirán necesariamente uno o varios de los siguientes criterios objetivos relativos al empleo, atendiendo a las características específicas del objeto de cada contrato:*

(53) Cfr. apdo. 50 STJCE de 26 de septiembre de 2000, As. C-225/98, Comisión c. Francia, que admite la utilización del genérico *criterio de lucha contra el desempleo* como criterio de adjudicación.

(54) GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «¿Cláusulas sociales...», p. 56.

(55) Cfr. Informe de 16 de diciembre de 1998, Expte. 44/98.

(56) Cfr. Informe JCCA del Estado de 20 de junio de 1999, Expte. 11/99. A tenor del mismo informe, tampoco puede ser utilizado dicho criterio como requisito de solvencia técnica.

(57) Dictamen Motivado, remitido el 8 de febrero de 2002, a la Representación Permanente de España ante la Unión Europea (Infracción nº 1998/5040).

a) *Estabilidad de la plantilla de la empresa referida al mantenimiento o incremento del número de trabajadores con contrato indefinido durante el año anterior a la fecha de presentación de la proposición.*

b) *Porcentaje de trabajadores con contrato indefinido en la plantilla de la empresa en el momento de presentación de la proposición, respecto del total de los trabajadores de aquélla.*

c) *Porcentaje de trabajadores de la plantilla de la empresa afectos a la ejecución directa del objeto del contrato.*

d) *Nuevas contrataciones de trabajadores vinculadas a la ejecución del objeto del contrato.*

En relación con el contenido de dicho artículo, la Comisión Europea señaló que *no cabe duda de que los objetivos que persigue la Comunidad Autónoma de Madrid en relación con la promoción del empleo estable no sólo son loables, sino que se adecuan perfectamente a la política social comunitaria. Lo que la Comisión objeta no es el fin, sino el medio. Las directivas comunitarias sobre contratación pública y las disposiciones del Tratado aplicables en la materia se integran en el marco de la realización del mercado interior: sus objetivos son, por una parte, optimizar la gestión de las compras públicas, tratando de obtener la mejor relación calidad-precio y, por otra, garantizar una competencia efectiva y unas condiciones de acceso al mercado iguales para todas las empresas. Las directivas que rigen la contratación pública no han sido por tanto concebidas como instrumentos de la política social, que tiene otros medios de los que servirse. Ello se refleja en el articulado actual de las directivas, que sólo admiten las dos formas de adjudicación descritas más arriba, sin que quepa incluir entre los criterios de adjudicación ninguna consideración ajena a la prestación concreta de que se trate* (58). El recurso de la Comisión motivó que posteriormente, mediante Decreto 128/2005, la Comunidad de Madrid derogara este artículo segundo del Decreto 213/1998 (59).

(58) En el mismo sentido la JCCA del Gobierno de Islas Baleares en su informe 4/2002, de 27 de junio de 2002, al serle sometido un proyecto de Decreto de medidas en la contratación administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de apoyo a la estabilidad y a la calidad del empleo que contenía un artículo idéntico al del Decreto madrileño, informó desfavorablemente la tramitación del proyecto de Decreto en atención a que la parte esencial e innovadora del mismo regulada en su artículo 2, se opone al criterio emanado de esta Junta en su informe 16/2001, conforme al cual las medidas de carácter social no tienen cabida como criterio de adjudicación de los contratos al no referirse al objeto de la prestación.

(59) No obstante, la admisibilidad de dichos criterios en fase de adjudicación fue considerada conforme a Derecho por el TSJ Comunidad de Madrid en su Sentencia de 30 de mayo de 2003, al señalar su Fundamento Jurídico séptimo que

...Partiendo del hecho indiscutido de que los criterios establecidos en el art. 2 del Derecho impugnado hacen referencia a la plantilla de la empresa con especial incidencia aunque no única

En cualquier caso, de admitirse la utilización de los criterios sociales como criterios de adjudicación por cumplir los requisitos señalados anteriormente, la necesaria relación que todo criterio ha de poseer con las concretas prestaciones del contrato obliga a que la ponderación de la cláusula social en el pliego deba fijarse atendiendo a la correcta ejecución del contrato (60).

B) La preferencia en la adjudicación

Como cierre del sistema de «cláusulas sociales», la LCSP establece la preferencia en la adjudicación de contratos administrativos a favor de determinadas entidades, cuando concurren una serie de circunstancias. Esta preferencia en la adjudicación no es un procedimiento, ni siquiera otro criterio de adjudicación (61). Su verdadera naturaleza responde a la de un *criterio de desempate* que, *lege lata* (62), sólo opera en los contratos celebrados por Administraciones públicas, sin perjuicio de que tal preferencia pueda acogerse también en las Instrucciones de procedimiento que regulan la adjudicación de contratos celebrados por entidades que no tienen la consideración de Administración Pública.

en los trabajadores con contrato indefinido, entiende esta Sección, que aquellos ofrecen una doble vertiente: por una parte ciertamente son reflejo de las características de la empresa y concretamente de la composición de su plantilla, pero por otra parte no cabe dudar de su incidencia en los aspectos objetivos relativos a la adjudicación del contrato. Así la naturaleza del empleo de la empresa tiene su repercusión indudable en los aspectos de calidad, eficacia técnica y garantía de la oferta presentada, o en los aspectos de conocimientos técnicos y experiencia a que alude la actora que tiene una base personal relevante, y en definitiva pueden perfectamente ser valorados por la Administración a la hora de determinar la oferta más ventajosa para los intereses públicos y no exclusivamente por constituir una manifestación o instrumento del cumplimiento de objetivos sociales o de empleo asumidos y fomentados por la Administración.

Ha de entenderse por ello, que una determinada estabilidad de la plantilla de una empresa valorada mediante una ponderación prudente de la baremación total de una oferta (20% en el caso del Decreto impugnado) no puede calificarse como criterio ajeno a los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación de un contrato ni ser calificado de invalorable o susceptible de aplicación arbitraria.

(60) GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «¿Cláusulas sociales...», p. 67

(61) GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «¿Cláusulas sociales...», pp. 47-51.

(62) Sólo en los contratos celebrados por Administraciones públicas encontraremos los pliegos de cláusulas administrativas particulares a que se refiere la D.A. 6 LCSP. En los contratos celebrados por entidades que no tienen la consideración de Administración pública, la Circular 1/2008 de la Abogacía General del Estado, sobre las Instrucciones internas en materia de contratación de los arts. 175.b) y 176.3 LCSP señala que «Dada la naturaleza privada de las entidades de continua referencia, no procede emplear la denominación de «Pliegos de cláusulas administrativas particulares» sino la de «Pliegos de condiciones particulares» o cualquier otra que no atribuya a los mismos un carácter administrativo del que carecen, p. 9.

Aun habiendo recibido alguna crítica la Disposición Adicional Octava del TRLCAP de la que trae causa (63), la Disposición Adicional Sexta LCSP recoge la posibilidad de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares dispongan la preferencia en la adjudicación de un contrato (cualquiera de ellos, y con independencia de los criterios de adjudicación que se hayan utilizado) a favor de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100 (64), empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social (65), u Organizaciones de comercio justo.

La misma preferencia podrá otorgarse a las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica (y siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato) respecto de la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial.

Con respecto a las posibilidades que ofrecía la Disposición Adicional Octava TRLCAP, la Disposición Adicional Sexta LCSP ha ampliado las entidades respecto de las cuales puede establecerse la preferencia en la adjudicación. Además de para las empresas que tengan en su plantilla un número de

(63) La D.A. 8 TRLCAP responde a la finalidad de la conveniente introducción de las «cláusulas sociales» en la contratación administrativa y merece un juicio crítico negativo, dado que toda idea de preferencia repugna la objetividad de la adjudicación por concurso sin que quepa alegar la finalidad social que cumplen dichas cláusulas, pues al margen que habría que cuestionarse por qué se incluyen éstas y no otras, las finalidades sociales deben ser cumplidas al margen y con independencia de la contratación administrativa, SANTÍAS VIADA, J.A.: «Modificaciones introducidas en el texto de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, en materia de procedimientos, formas y criterios de adjudicación de los contratos», Noticias de la Unión Europea núm. 198, 2001, p. 78.

(64) La LCSP no especifica qué tipo de discapacidad debe afectar a los trabajadores. En cambio, la Ley andaluza 18/2003, de medidas fiscales y administrativas, establece en su artículo 115 que dichos trabajadores tengan un grado de minusvalía igual o superior al 33%. Dicha disposición exige, además, que ese cómputo de personas (2%) se refiera a la plantilla de los centros de trabajo de las empresas radicados en Andalucía, extremo este que resulta discriminatorio con respecto al resto de empresas.

(65) Aunque el apdo. 2 de la disposición adicional sexta hace referencia a la regulación de las empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social en la Disposición Adicional novena de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, debe tenerse en cuenta que tal disposición ha sido expresamente derogada por la Disposición derogatoria única de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, por lo que a la regulación contenida en tal disposición habrá de atenderse en cuanto a la regulación de las empresas de inserción..

trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, puede establecerse dicho beneficio para las empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, Organizaciones de comercio justo y entidades sin ánimo de lucro. Debe reiterarse en este punto, tal y como lo han hecho ya diferentes órganos consultivos en materia de contratación, el carácter restrictivo y limitado que debe darse a la posibilidad de considerar otros criterios de preferencia en la adjudicación de los contratos (66). No obstante lo anterior, se ha admitido en alguna ocasión la posibilidad de que se establezcan criterios adicionales de desempate, o a favor de sujetos distintos (67), circunstancia que contrasta con el carácter básico que la Disposición final Séptima LCSP atribuye a la Disposición adicional Sexta.

(66) Cfr. Informe JCCA del Estado 44/2004, de 12 de noviembre, sobre la posibilidad de incluir cláusulas de discriminación positiva en los pliegos (cuya conclusión parece ahora superada, tras las previsiones contenidas en el art. 34 LO 3/2007), e Informe JCCA de la Generalitat de Cataluña 4/2006, de 18 de mayo, sobre la posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas una cláusula de preferencia de las empresas adheridas al arbitraje de consumo. La Junta Catalana concluye la imposibilidad de admitir dicha cláusula preferencial ya que puede producirse un efecto discriminatorio en relación la diferencia de trato que recibirían las empresas adheridas a un arbitraje de consumo respecto de las que no lo están, cuando esta discriminación positiva no está prevista, ni se deriva de las directivas en materia de contratación pública, ni del TRLCAP, ni de la normativa sectorial en materia de consumo. Por otro lado, es preciso recordar el carácter voluntario de la adhesión de las empresas al sistema extrajudicial de resolución de conflictos mediante una junta arbitral de consumo, sistema que está previsto por la normativa sectorial en materia de consumo como una medida de fomento con tendencia a mejorar la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias.

(67) Cfr. Informe JCCA de la Generalitat de Cataluña 3/1998, de 8 de mayo, e informe de la JSCA de la Generalitat de Valencia 4/2002, de 5 de junio. En el primero de ellos, la Junta Catalana consideraba viable y respetuoso con los requisitos generales de la contratación pública introducir un factor de adjudicación complementario que permita dar preferencia, en la adjudicación de los contratos de obras, a las proposiciones presentadas por la empresa que, de manera justificada, se comprometan a emplear un porcentaje determinado de personal procedente de empresas de inserción sociolaboral. En todo caso, estas proposiciones tendrían que igualar, en cuanto a los términos, las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvieran de base para la adjudicación (en la línea de lo que la LCAP expresa en la disposición adicional octava, en relación con la contratación con empresa que tengan personas con discapacidad en su plantilla). En el caso del informe valenciano, errando en la atribución de la condición de «no básica» de la D.A. 8 TRLCAP, afirma que el carácter no básico de esta norma no impide el que la Administración autonómica pueda establecer otros criterios adicionales de desempate que afecten a aspectos sociales, lo que le llevó en su momento a aceptar la legalidad de legalidad de una cláusula prevista en un artículo de la Ley valenciana de igualdad que disponía la preferencia en la adjudicación de contratos públicos a favor de empresas que dispusiesen de un plan de igualdad, siempre que la proposición igualase en sus términos a la más ventajosa desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirven de base a la adjudicación del contrato. Por su parte, la JCCA de la Junta de Andalucía prefirió no pronunciarse en su informe 2/2005, de 31 de mayo, sobre la viabilidad de utilizar en las contrataciones públicas un criterio de preferencia en las adjudicaciones a favor de las empresas que contraten a trabajadores con discapacidad.

Ahora, bien, esa preferencia en la adjudicación a favor de este tipo de organizaciones queda sujeta a unos límites que, por estrictos, hacen prácticamente inaplicable dicha preferencia. Y es que la preferencia en la adjudicación de contratos queda limitada a los supuestos de situaciones de igualdad desde el punto de vista de los criterios de adjudicación, entre las proposiciones presentadas por las empresas que integran en sus plantillas a personas con discapacidad, empresas dedicadas a la inserción laboral de personas en situación de exclusión social, entidades sin ánimo de lucro u organizaciones de Comercio Justo y las proposiciones presentadas por otros empresarios (68). A nuestro entender, esta condición limita el alcance de la medida establecida, pues resulta muy difícil, por no decir imposible, que dos proposiciones sean iguales, y a partir de dicha igualdad puedan jugar los aspectos sociales (69).

Pero es que además, en caso de que la igualdad se produzca entre dos o más proposiciones presentadas por empresas que integran en sus plantilla a personas con discapacidad, empresas dedicadas a la inserción laboral de personas en situación de exclusión social, entidades sin ánimo de lucro u organizaciones de Comercio Justo, la LCSP no aporta un criterio para deshacer esa «posible» igualdad de las ofertas. La única regla de «desempate» que aporta la LCSP se refiere a los supuestos en que varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2 por 100. En tales casos, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

Para los restantes casos de empate, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 11 de marzo de 2005 (Expte. 1/05) concluía en un supuesto similar que *...el supuesto planteado difícilmente podrá producirse, pues aparte de ser facultativo para el órgano de contratación la inclusión en el pliego de tales cláusulas, se parte de la existencia de varias propuestas iguales desde el punto de vista de los criterios objetivos para adjudicar el contrato y dentro de las propuestas iguales, de diferentes licitadores que [en nuestro caso, integran en sus plantilla a personas con discapacidad, empre-*

(68) Así lo ha señalado la Junta Consultiva de contratación Administrativa del Estado, en sus informes 44/1998, de 16 de diciembre, y 1/05, de 11 de marzo de 2005.

(69) La crítica a la D.A. Octava TRICAP —válida ahora respecto del contenido de la D.A. Sexta LCSP— puede ser superada si se tiene en cuenta la inoperancia de la respectiva norma, pues, aparte de la inclusión facultativa y no preceptiva de las cláusulas en los respectivos pliegos, lo cierto es que no se establece ninguna preferencia efectiva al quedar supeditada la misma a que se trate de proposiciones iguales y más ventajosas desde el punto de vista de la aplicación de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación, supuesto de difícil producción tratándose de concursos, SANTÍAS VIADA, J.A.: «Modificaciones introducidas...», p. 78.

sas dedicadas a la inserción laboral de personas en situación de exclusión social, entidades sin ánimo de lucro u organizaciones de Comercio Justo]. *En todo caso habría que llegar a la conclusión de que la imposibilidad de resolver la igualdad con la preferencia consignada en los pliegos daría lugar a declarar desierto el concurso por imposibilidad de adjudicación*

En el caso en que se quiera hacer uso de esta preferencia en la adjudicación a favor de las entidades anteriormente mencionadas (insistimos, sólo para el caso en que se produzca un empate desde el punto de vista de la aplicación de los criterios de adjudicación) el órgano de contratación deberá hacerlo constar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, haciendo expresa referencia a la Disposición Adicional Sexta LCSP.

En cuanto al modo de estimar la preferencia, al venir establecida en el pliego, y referida expresamente a la Disposición Adicional Sexta LCSP, serán las propias empresas las que tengan que acreditar, no simplemente declarar, que cumplen los requisitos que la citada disposición adicional sexta exige, resultando obvio que la empresa que no realice tal acreditación quedará excluida de la adjudicación preferente en caso de igualar a las demás ofertas más ventajosas.

3. Ejecución del contrato

Tal y como hemos tenido la oportunidad de comprobar, la posibilidad de utilización de cláusulas sociales en las fases de preparación y adjudicación resultan un tanto limitadas. Desde que existe la preocupación por la utilización de la contratación pública para la satisfacción de fines sociales, ha sido la fase de ejecución de los contratos la que se ha considerado más adecuada para la inclusión de cláusulas que atendieran a dicho objetivo (70).

A) Las condiciones especiales de ejecución

La normativa comunitaria y nacional sobre contratación pública admite la posibilidad de que los órganos de contratación establezcan por la vía contractual condiciones de ejecución del contrato, referidas especialmente a consideraciones de tipo social o medioambiental (71). Para ello, lo único que se exige es que dichas condiciones sean conformes con el Derecho comunitario,

(70) Cfr. Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos de 15 de octubre de 2001 (Vid. apdo. 1.6), y Recomendación 1/2001, de 5 de abril de 2001, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Vid. conclusión núm. 2).

(71) Cfr. art. 26 Directiva 2004/18, de 31 de marzo, y art. 102 LCSP

y que se anuncien debidamente, incluyendo una referencia a las mismas en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares que posteriormente formará parte del contrato (72).

Al incluirse en el pliego de cláusulas administrativas, los licitadores deberán tener en cuenta que al presentar sus ofertas, aceptan cumplir dichas condiciones en la fase de ejecución del contrato. En ningún caso podrán los licitadores rechazar o limitar el alcance de dichas condiciones al presentar sus proposiciones, ya que en tales casos, nos encontraríamos ante ofertas que no se ajustan al pliego, y que, por tanto, deben ser rechazadas.

Las condiciones de ejecución que se establezcan deben respetar el Derecho comunitario. Dichas condiciones de ejecución no podrán consistir en especificaciones técnicas encubiertas, ni deben referirse a la comprobación de la aptitud de los licitadores sobre la base de su solvencia económica, financiera y técnica, o a los criterios de adjudicación. En este sentido, las cláusulas de ejecución de los contratos son independientes de la solvencia de los contratistas y de los criterios de adjudicación.

La principal limitación o condicionante al establecimiento de cláusulas sociales como condiciones de ejecución es la prohibición de que éstas resulten discriminatorias. En este sentido, para poder determinar si estamos ante una cláusula discriminatoria o no se tendrá que valorar cada supuesto concreto, sin que puedan hacerse previsiones «a priori» de indicadores válidos para todos los órganos de contratación. Es preciso, eso sí, garantizar en todo caso la integridad de los principios de libertad de establecimiento, de prestación de servicios y no discriminación por razón de nacionalidad.

En esta línea, y a modo de ejemplo, la exigencia de contratar un determinado número de trabajadores en paro para la ejecución del contrato no resultaría, en sí misma, una cláusula discriminatoria. Ahora bien, si a esta exigencia se le incorpora la obligación de que este trabajador sea de una determinada zona geográfica o de una nacionalidad determinada, sí que podría resultar contraria al principio de igualdad y no discriminación.

Entre las condiciones de ejecución que, atendiendo a objetivos de carácter social, podrían resultar admisibles, podemos encontrar las siguientes:

1) la obligación de dar trabajo a desempleados, en particular de larga duración, u organizar actividades de formación para los jóvenes o los desempleados al realizar la prestación;

(72) Así, el art. 26 de la Directiva 2004/18 dispone que *los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental.*

2) la obligación de aplicar, al realizar la prestación, medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o la diversidad racial o étnica;

3) la obligación de respetar en lo esencial, al realizar la prestación, las disposiciones de los convenios fundamentales de la OIT, en el supuesto de que éstas no se hayan incorporado ya al ordenamiento jurídico nacional;

4) la obligación de contratar, con vistas a la ejecución del contrato, a un número de personas discapacitadas superior al exigido por la legislación nacional en el Estado miembro de ejecución del contrato o en el del titular del mismo.

5) consideraciones relativas a la situación de la exclusión social de los trabajadores vinculados a la realización del contrato (73).

No obstante lo anterior, y aunque no existe ningún límite preestablecido, lo cierto es que no cualquier tipo de contrato resulta idóneo para incluir condiciones de ejecución de carácter social. Los contratos públicos de obras y servicios, que ofrecen la oportunidad de imponer un determinado modo de ejecución, son los que mejor permiten a los poderes adjudicadores tener en cuenta intereses de tipo social. En el caso de los contratos de suministros, y al margen de la elección fundamental del objeto de los mismos, las posibilidades de tomar en consideración aspectos sociales son más limitados.

Tan importante como incorporar esas condiciones de ejecución de los contratos de carácter social resulta determinar las consecuencias de su eventual incumplimiento. En este sentido, debemos acoger positivamente la posibilidad que ofrece el art. 102.2 LCSP de establecer penalidades para el caso de incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución. Estas penalidades deberán fijarse en el pliego, ser proporcionales al nivel de incumplimiento y las consecuencias del mismo, y en ningún caso su cuantía podrá ser superior al 10 por ciento del presupuesto del contrato.

Ahora bien, cuando en el Pliego se establezca el carácter esencial de la condición de ejecución, el incumplimiento de la misma por parte del contratista facultará al órgano de contratación para resolver el contrato, debiendo el contratista indemnizar los daños y perjuicios causados.

Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 49.2.e) LCSP, relativo a las prohibiciones de contratar.

(73) Cfr. disposición adicional primera de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

B) La adscripción de medios y el personal de ejecución del contrato

Los órganos de contratación tienen la facultad de exigir que en sus ofertas o proposiciones, los licitadores presenten una relación nominal y la cualificación profesional del personal responsable de la ejecución del contrato, lo cual es una especialidad de aquella otra, más genérica, que permite al mismo órgano exigir a los licitadores un compromiso de adscripción de medios a la ejecución del contrato (74).

La diferencia entre ambas facultades estriba en que una exige la identificación concreta (mediante nombre y cualificación profesional) del medio personal que se destina a la ejecución del contrato y la otra permite una determinación más genérica. No obstante, no parece que haya obstáculo alguno a que por la vía del compromiso de adscripción de medios se exija la identificación nominal de las personas responsables de ejecutar la prestación.

A través de la adscripción de medios o el señalamiento del personal encargado de la ejecución del contrato, los órganos de contratación tienen la posibilidad de exigir un *plus* de solvencia no genérica sino para la concreta ejecución del contrato. El compromiso de adscripción de medios no resulta por tanto una condición de idoneidad (que todos cumplen acreditando su solvencia o clasificación) sino una obligación adicional, de proporcionar a la ejecución del contrato unos medios concretos, de entre aquellos que sirvieron para declarar al empresario idóneo para contratar con la Administración. El momento de presentar esa relación de personas responsables de la ejecución del contrato o de los medios efectivamente adscritos a la ejecución del contrato es el de presentación de las ofertas o solicitudes de participación.

En caso de incumplimiento de la efectiva adscripción de las personas o los medios a la ejecución del contrato, debemos entender, haciendo una interpretación conjunta del art. 53 LCSP, que constituye el supuesto de hecho para la imposición de penalidades o, cuando el pliego o el documento contractual establezca su condición de obligación esencial, determinar la resolución del contrato.

IV. EL FOMENTO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO A TRAVÉS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Para alcanzar el loable propósito de hacer efectivo el principio de igualdad entre mujeres y hombre, y erradicar la discriminación por razón de sexo,

(74) Cfr. art. 53 LCSP.

no basta únicamente con el compromiso de los sujetos públicos, sino que resulta necesaria su promoción decidida en la órbita de las relaciones con y entre particulares. La contratación pública, entendida como medio para alcanzar fines públicos, puede ser un instrumento más (aunque no el único, ni probablemente tampoco el más útil) para fomentar la igualdad efectiva entre hombre y mujeres.

La consideración de la dimensión transversal u alcance horizontal del principio de igualdad movió a que, dentro del Capítulo de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres —en adelante LOI—, dedicado a la «acción administrativa para la igualdad», se previesen un par de artículos dedicados a la contratación de las Administraciones Públicas, en general, y de la Administración General del Estado, en particular, amén de otras medidas favorecedoras de la igualdad en políticas como la educativa, la sanitaria, la artística y cultural, de la sociedad de la información, de desarrollo rural o de vivienda, deporte, cultura, ordenación del territorio o de cooperación internacional para el desarrollo.

Conviene en primer lugar delimitar el ámbito subjetivo y objetivo de dichos preceptos para entrar luego en el análisis de las concretas posibilidades que ofrecen los mismos en relación con el fomento de la igualdad de género.

1. Alcance subjetivo y objetivo de los arts. 34 y 35 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

Identificar a los sujetos destinatarios de las medidas contempladas en los arts. 33 y 34 de la LOI resulta una tarea bien sencilla: lo son las Administraciones Públicas y la Administración General del Estado respectivamente. Ahora bien, mayor complejidad reviste el determinar qué entes, organismos y entidades tienen la consideración de Administración Pública y de Administración General del Estado, *a efectos de la LOI*.

El carácter estructurante de la normativa sobre contratación pública (75) conduciría a requerir el auxilio de la LCSP para completar la tarea anterior, que en su art. 3 determina lo que debe entenderse por Administración Pública, *a efectos de la LCSP*. Se incluyen en dicho concepto la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local, las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, los Organismos autónomos, las Universidades Públicas, las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan

(75) CARLÓN RUIZ, Matilde, en GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael: «Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas» Segunda Edición, Madrid, Civitas, 2004, pp.1801-1823.

atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que, o bien su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o bien no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios (76).

Una de las novedades que introduce la LCSP en materia de ámbito subjetivo, es la no consideración como Administraciones Públicas, a efectos del régimen aplicable a su contratación, de las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales (77). Ello no obstante, dichas entidades mantienen su consideración de Administración pública a otros muchos efectos, tal y como se deduce de otras normas jurídicas (78).

La traslación de ese criterio formal que, para referirse al ámbito subjetivo utiliza la LCSP, a los arts. 33 y 34 LO LOI, conduciría irremediabilmente a concluir que entre las Administraciones públicas destinatarias de las medidas contenidas en el art. 33 de la LOI no se encuentran incluidas las entidades públicas empresariales estatales ni los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales, y que, en consecuencia, de un lado, las medidas previstas en el art. 33 de la LOI no resultan de aplicación a las entidades públicas empresariales estatales ni organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales, y de otro, que las medidas previstas en el art. 34 de la LOI para la Administración General del Estado no resultan de aplicación a las entidades públicas empresariales vinculadas a la misma (79).

(76) Junto a las anteriores debe tenerse en cuenta aquéllos otros sujetos que deben aplicar a su contratación las normas previstas para las Administraciones Públicas, sujetos enumerados en las Disposición Adicional 3 (órganos constitucionales del Estado y órganos legislativos y de control autonómicos), y Final 5 (ADIF).

(77) La Ley adopta un criterio estrictamente formal para excluir a los organismos de Derecho público de naturaleza empresarial, sean cuales sean sus características, el tipo de actividad, financiación, etc... CHINCHILLA MARÍN, C.: «La nueva Ley de contratos del sector público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas», RVAP núm. 79, p. 50.

(78) Ver nota núm. 7.

(79) Tal interpretación no impediría, sin embargo, que dichas entidades, al igual que cualesquiera otras excluidas del concepto de Administración pública que ofrece la LCSP, pudieran prever en sus contratos, y en los documentos preparatorios de los mismos, medidas idénticas o similares a las recogidas en los arts. 33 y 34 LO 3/2007, al amparo del principio de autonomía de la voluntad de las partes.

La anterior no es, sin embargo, la única interpretación posible, puesto que el concepto de Administración pública no es exclusivo de la normativa sobre contratos del Sector público. Perfectamente cabe, a nuestro parecer, un concepto de Administración pública *a efectos de la LOI* distinto del que ofrece la LCSP, integrador de las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales. Eso mismo es lo que ocurre, ni más ni menos, con el concepto de Administración pública que recogen otras normas jurídicas (80). Y además, es una interpretación mucho más coherente —desligada del criterio formal— con el que objetivo que se identifica en el art. 1.2 como fin de la LOI, esto es *eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo*. En consecuencia, entendemos que las prescripciones contenidas en los arts. 33 y 34 de la LOI resultan de aplicación no sólo a las entidades que, conforme a la LCSP, tienen la consideración de Administraciones públicas, sino que perfectamente cabe identificar como tales a las entidades que relaciona, por ejemplo, la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas, o la Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa y que no aparecen catalogadas como Administración *a efectos de la LCSP*.

En íntima relación con lo anterior, y por lo que se refiere al alcance objetivo de la cláusula de igualdad, la rúbrica de los arts. 33 y 34 de la LOI, que se refiere a los contratos de las Administraciones Públicas y de la Administración General del Estado, no debe llevarnos a entender que sólo a través de los contratos administrativos puede perseguirse la igualdad de género. Como sabemos, las Administraciones públicas celebran, de ordinario, contratos administrativos, pero no debe excluirse la posibilidad de que, en determinadas ocasiones, celebren contratos privados (81).

Del tenor literal de los arts. 33 y 34 LOI no cabe inferir ningún límite en el sentido apuntado, de manera que puede (y más aún, debe) afirmarse que la cláusula de igualdad es un aspecto del régimen jurídico de los contratos compatible tanto con los de naturaleza jurídica administrativa, típica o espe-

(80) Cfr. de nuevo con nota núm. 7. Aun siendo esta, la de la existencia de tantos conceptos de «Administración pública» como normas jurídicas se promulguen, una posibilidad que no encuentra ningún obstáculo legal, entendemos que, *lege ferenda*, el principio de seguridad jurídica reclamaría un tratamiento unívoco del concepto o, cuando menos, la inclusión en cada norma de una definición exhaustiva y formal de dicho concepto.

(81) Así, el segundo párrafo del art. 20.1 LCSP dispone que *son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo 19*.

cial, como privada (82). De esta manera, podrá incluirse la cláusula de igualdad en todos los contratos de las Administraciones públicas con independencia de que, de conformidad con los arts. 18, 19 y 20 LCSP, deba atribuírseles naturaleza jurídica administrativa o privada.

La conjunción de nuestras conclusiones en cuanto al ámbito subjetivo y objetivo de los arts. 33 y 34 LOI conducen necesariamente a proponer, *lege ferenda*, una modificación de la rúbrica de los mismos, de manera que el primero de los mismos debería obedecer a la de «Contratos del Sector Público», y el segundo a la de «Contratos del Sector Público Estatal».

2. Las cláusulas de igualdad de género en los contratos públicos

La LOI incorpora una serie de medidas que habilitan a los poderes públicos para primar en el acceso a los contratos públicos a aquéllos operadores económicos que adopten medidas que coadyuven a alcanzar el antecitado objetivo de *eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo*. Ahora bien, como acertadamente apunta ZAMBONINO PULITO, los tipos de cláusulas a introducir van a depender de la naturaleza de los contratos y del sector de actividad donde se generan las prestaciones (83).

En primer lugar, el art. 33 LOI contempla la posibilidad de que las *Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de sus órganos de contratación y, en relación con la ejecución de los contratos que celebren, puedan establecer condiciones especiales con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de tra-*

(82) Una cosa es la tipología del contrato, y otra el concreto régimen aplicable, tal y como acertadamente señala GIMENO FELLÚ, *La nueva contratación...*, p. 176.

(83) De ahí que resulte conveniente que cada Administración pública realice los estudios necesarios para conocer con rigor, en los distintos sectores de actividad en los que se generan las prestaciones que contratan, el grado efectivo de cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades y, en concreto, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas. Lógicamente, deberán tenerse en cuenta las situaciones que no constituyen discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, como son diferencias de trato basadas en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. Con esta información podrían conocerse los sectores económicos en los que es necesario incentivar la implantación de medidas dirigidas a garantizar la igualdad de género, «La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la contratación de las Administraciones Públicas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo», RAP núm. 175, p. 473.

bajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público.

Varios son los aspectos que interesa destacar al respecto. El primero, el carácter potestativo —no imperativo— del establecimiento de dichas condiciones especiales, recayendo en el órgano de contratación la decisión de incluirlas o no. Aunque de ordinario no es el órgano de contratación quien redacta el Pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen la adjudicación y ejecución del contrato, sí le compete la aprobación del mismo conforme al art. 99.4 LCSP, momento en el que podrá fiscalizar el contenido de los mismos y decidir sobre la inclusión o no de cláusulas especiales relativas a la ejecución del contrato.

El segundo aspecto reseñable de este artículo 33 LOI es que las condiciones especiales que se introduzcan en los Pliegos con el fin de promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres han de serlo en relación con la fase de ejecución del contrato y no por tanto, a otras fases (preparación y adjudicación).

La prescripción contenida en este artículo 33 LOI, admitiendo la posibilidad de establecer condiciones especiales de ejecución en relación con la igualdad de género fue posteriormente incorporada a la LCSP, concretamente en su art. 102.1, al señalar expresamente que las condiciones de ejecución pueden referirse, en especial, a consideraciones de tipo social con el fin de *...eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado laboral.*

El art. 34 LOI, por su parte, dispone dos tipos de medidas en relación con la valoración de la igualdad de género en los contratos ahora ya, sólo de la Administración General del Estado. De una parte, se prevé que el Consejo de Ministros, *anualmente, y a la vista de la evolución e impacto de las políticas de igualdad en el mercado laboral, determine los contratos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos que obligatoriamente deberán incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, conforme a lo previsto en la legislación de contratos del sector público.* En dicho Acuerdo *podrán establecerse, en su caso, las características de las condiciones que deban incluirse en los pliegos atendiendo a la naturaleza de los contratos y al sector de actividad donde se generen las prestaciones.*

Si bien esta medida merece una valoración positiva, lo cierto es que pierde buena parte de su efectividad al quedar sujeta a la adopción cada año del correspondiente Acuerdo por el Consejo de Ministros, circunstancia que ni se produjo en el 2007, ni se ha producido en 2008. De *lege ferenda* hubiese sido deseable que el propio precepto legal, o en su defecto, lo haga su futuro desarrollo reglamentario, hubiera determinado o determine qué concretos contratos deben incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover

la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, así como indicar las características de esas condiciones de ejecución. No obstante, en tanto llega el Acuerdo del Consejo de Ministros o el desarrollo reglamentario de la LOI, el art. 102 LCSP habilita a cada entidad del Sector Público para incluir en sus Pliegos condiciones especiales de ejecución que tiendan a eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer (84).

En íntima relación con el establecimiento de esas condiciones de ejecución para promover la igualdad de género, el apdo. 2 de ese art. 34 LOI establece que *los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del apartado anterior* (el apdo. 1 del art. 34), *siempre que estas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio* (85).

La posibilidad de que los órganos de contratación puedan establecer una preferencia en la adjudicación a favor de empresas que coadyuven a eliminar las desigualdades por razón de género merece, al igual que sucedía con las medidas previstas en el apdo 1 del art. 34 LOI, debe valorarse positivamente. Pero a renglón seguido, merece nuevamente nuestra crítica su configuración normativa, ligada a la adopción cada año de un Acuerdo por el Consejo de Minis-

(84) Tal es el caso, por ejemplo, de la Sociedad estatal Expoagua Zaragoza 2008 S.A. que incluye en los Pliegos de condiciones particulares de sus contratos de obras una cláusula del siguiente tenor: *Siempre que la disponibilidad del mercado laboral de la construcción lo permita, el porcentaje de personal femenino sobre el total de los nuevos empleados que se contraten para la ejecución del contrato deberá superar en 10 (diez) puntos porcentuales a la media nacional del sector de la construcción. Dicha media nacional se entenderá referida a los datos de la encuesta de población activa a diciembre del año inmediatamente anterior a la adjudicación del contrato*, llegando incluso a preverse la posibilidad de imponer penalidades a los contratistas *en el caso de que el porcentaje de trabajadoras que se contrate para la ejecución del contrato, sobre el total de nuevos empleados que se contrate, siempre que la disponibilidad del mercado laboral de la construcción lo permita, no alcance la media nacional en el sector de la construcción*.

(85) Queda superado por tanto el criterio mantenido por la Junta Consultiva de contratación Administrativa del Estado en su informe de 12 de noviembre de 2004 (Expte 44/04), en el que disponía que

...la inclusión de una cláusula de preferencia en los pliegos para las empresas con mayor porcentaje de mujeres en su plantilla requeriría la modificación de la disposición adicional octava de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, adicionando este supuesto al de los minusválidos y entidades sin ánimo de lucro en contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial.

tros y por tanto, privada de efecto en tanto no llegue tal Acuerdo. No es posible pues, en tanto no exista dicho Acuerdo del Consejo de Ministros, determinar a favor de qué empresas se dispone esa preferencia en la adjudicación que habilita establecer la LOI, urgiendo pues la adopción de tal Acuerdo, o mejor aún, el contemplar en el desarrollo reglamentario de la LOI esas directrices con arreglo a las cuales ha de establecerse la preferencia en la adjudicación.

Además de lo anterior, la configuración normativa de esta preferencia en la adjudicación también adolece, en nuestra opinión, de cierto error de concepto. El art. 34.2 LOI determina la preferencia en la adjudicación de un contrato a favor de la *proposición* presentada por una *empresa* que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del art. 34.1 LOI. Ahora bien, el art. 34.1 no establece ninguna directriz a la que deban ajustar su actuación las empresas. El art. 34.1 de lo que habla es, por una parte, de *contratos* que obligatoriamente deberán incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo (párrafo 1º del art. 34.1 LOI), y de otra, de las características de las *condiciones* que deban incluirse en los *pliegos* (párrafo 2º del art. 34.1 LOI), pero para nada habla el art. 34.1 de directrices dirigidas a *empresas*.

A nuestro modo de ver, lo que ha ocurrido en el art. 34.2 LOI es la incorrecta identificación entre «condiciones de ejecución» de los contratos y «preferencia en la adjudicación» de los mismos. Las condiciones de ejecución de los contratos son aspectos que se establecen para su cumplimiento *pro futuro*, en la fase de ejecución del contrato, tal y como su propio nombre indica, en relación con la prestación en que dicho contrato consiste. Por el contrario, la preferencia en la adjudicación se establece respecto de empresas que, en el *pasado* (antes de justificar su solvencia) han establecido medidas de fomento de la igualdad de género en sus modos de organización empresarial, circunstancia relacionada no con el elemento objetivo del contrato (la prestación, el qué del contrato) sino con el elemento subjetivo (quien realiza la prestación).

En cualquier caso, la efectividad de este art. 34 LOI debe superar varios escollos que hacen muy difícil la aplicación de la preferencia en la adjudicación a favor de una empresa por razón de las políticas de igualdad de género que desarrolla. Al primero de ellos ya hemos hecho referencia: la eficacia de esta preferencia en la adjudicación queda demorada en tanto no se adopte el Acuerdo del Consejo de Ministros al que remite el propio artículo 34.1, estableciendo las *Directrices* a que se refiere el art. 34.1.

En segundo lugar, y al igual que sucede con los supuestos previstos en la disposición adicional Sexta LCSP, dicha preferencia queda condicionada a que estas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudica-

ción, circunstancia que, tal y como hemos puesto de manifiesto al analizar la disposición adicional sexta LCSP, queda privada de eficacia real al resultar muy difícil, por no decir imposible, que dos proposiciones sean iguales desde el punto de vista de los criterios de adjudicación, y que, a partir de dicha igualdad puedan jugar los aspectos sociales.

Además, según dispone este art. 34.2 de la LOL, a la hora de aplicar esta preferencia en la adjudicación deberá respetarse, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, referencia que debe entenderse ahora a la disposición adicional sexta LCSP. Por tanto, esta preferencia en la adjudicación a favor de las empresas que cumplan los requisitos establecidos en el Acuerdo del Consejo de Ministros referido sólo será posible cuando dichas empresas no se encuentren empatadas, desde el punto de vista de los criterios de adjudicación, con otras empresas que tengan en su plantilla un número de trabajadores discapacitados superior al dos por ciento, o empresas dedicadas a la promoción o inserción laboral de personas en situación de exclusión social, o entidades sin ánimo de lucro u Organizaciones de Comercio Justo.